

SI — Scientia Juridica  
STA — Supremo Tribunal Administrativo  
STJ — Supremo Tribunal de Justiça  
TC — Tribunal Constitucional  
TCA — Tribunal Central Administrativo  
TJCE — Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

CAPÍTULO I  
CONDICIONALISMOS E FACTORES DE SURGIMENTO  
DOS CONTRATOS SOBRE O EXERCÍCIO  
DO PODER ADMINISTRATIVO

SECÇÃO I

INTRODUÇÃO: RECONHECER O DUALISMO  
DA FACTISPESIES “CONTRATO ADMINISTRATIVO”

O tratamento dogmático e hermenêutico dos contratos sobre o poder administrativo e sobre o respectivo regime jurídico, isto é, sobre os contratos que a Administração celebra com os particulares tendo em vista a conformação jurídica de uma situação individual e concreta — a que se circunscreve o objecto do presente estudo —, enfrenta as suas primeiras dificuldades perante a constatação de que o fenómeno da contratação pública evoluiu, nos diversos ordenamentos jurídicos europeus, de forma diferente, facto que deu origem a diversas confusões relativamente à identificação e ao tratamento das *factispesies* que o conceito amplo de contrato administrativo pode e deve comportar.

E se, regra geral, a generalidade dos ordenamentos jurídicos acolheu, desde muito cedo, uma perspectiva dualista dos contratos celebrados pela Administração, assente na distinção entre contratos privados e contratos administrativos, a verdade é que se verificou, simultaneamente, uma marcada tendência para ignorar o dualismo conceptual existente dentro da própria figura do contrato administrativo, que nos remete para a distinção, utilizando, para já, a terminologia inicialmente adoptada no CPA e retomada pelo CCP, entre contratos administrativos com objecto passível de contrato de direito privado e contratos com objecto passível de acto administrativo.

Compreender isto é absolutamente fundamental para compreender, hoje, os regimes da contratação pública, designadamente em Portugal. Até à recente entrada em vigor do CCP<sup>(1)</sup>, se olhássemos para os artigos 178.º e segs. do nosso CPA<sup>(2)</sup> poderia parecer que, até então, vigorava entre nós um regime jurídico unitário dos contratos administrativos — constituindo excepção única o artigo 185.º, n.º 3, do CPA. A verdade, porém, é que “a regulamentação dos contratos administrativos — surge no CPA [e, depois, no CCP] surge na confluência — não isenta de problemas — de dois paradigmas: o até agora dominante modelo tradicional francês [*contrat administratif*], por um lado, e a matriz germinica da Lei de Procedimento alemão, por outro [*contrato de direito público*]”<sup>(3)</sup>.

Naturalmente, porque estamos, em ambos os casos, perante contratos administrativos; na medida em que as duas figuras são instrumentos de constituição, modificação e extinção de relações jurídicas regidas pelo direito administrativo, haverá necessariamente um regime comum aplicável a todos os contratos administrativos, devido ao facto, de resto evidente, de impenderem sobre a Administração Pública que os celebra, em qualquer caso, os princípios gerais do direito administrativo, e de se projectarem sobre ambas as *factispecies* as preocupações que tradicionalmente ocupam este ramo do direito: a consagração de prerrogativas de autoridade que permitam uma realização eficiente do interesse público e a possibilidade de, em muitos casos, fazer prevalecer o interesse da colectividade sobre interesses individuais eventualmente confluantes com aquele; o constrangimento da Administração a vinculações específicas de direito público, por forma a assegurar a adequada realização e tutela, designadamente, dos direitos subjectivos públicos e interesses legalmente protegidos dos particulares.

No entanto, de outra perspectiva, as referidas *factispecies* prosseguem objectivos diferentes, são *ontologicamente* diferentes, e

<sup>(1)</sup> Posterior à defesa da dissertação que está na origem da presente monografia e que acolheu algumas das soluções ali antecipadas.

<sup>(2)</sup> Entretanto revogados pela alínea c) do n.º 1 do DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprovou o CCP.

<sup>(3)</sup> Cfr. FABRICA (1994:527).

consequentemente, lançam desafios diferentes ao direito administrativo, *i.e.*, exigem, como se terá oportunidade de demonstrar, que o respectivo regime jurídico seja especificamente desenhado para acudir às diferentes preocupações e problemas que cada uma delas coloca aos princípios gerais e aos valores que regem a actividade administrativa.

Ora, uma abordagem histórica e jus-comparativa do fenómeno da contratação pública, contrada essencialmente nos contratos que envolvem a contratualização do poder administrativo de conformação de situações concretas, vai permitir perceber e evidenciar os equívocos e confusões que mais marcaram e entorpeceram a consolidação e o correcto enquadramento jurídico deste tipo de contratos.

A este propósito, importa, desde já, fazer uma distinção perfunctória entre as duas figuras que evoluíram nos diversos ordenamentos jurídico-administrativos da Europa, ao longo essencialmente do século XX, fundamental para uma abordagem conscienciosa do surgimento do fenómeno que se costuma designar por *Administração concertada* ou por consenso. Neste contexto, haverá que proceder à distinção entre os contratos administrativos de matriz francesa, ou seja, os *contratos com objecto passível de contrato de direito privado* ou de *colaboração*<sup>(4)</sup> e os contratos administrativos que se filiam directamente na figura do *contrato de direito público* alemão, ou seja, os *contratos com objecto passível do acto administrativo* ou de *subordinação*<sup>(5)</sup>.

Os contratos administrativos “de matriz francesa”<sup>(6)</sup>, são contratos

<sup>(4)</sup> A primeira qualificação é a que foi acolhida no artigo 185.º, n.º 3, do CPA; a segunda é uma qualificação doutrinária muito consolidada entre nós.

<sup>(5)</sup> A primeira qualificação é a que é acolhida no artigo 185.º, n.º 3, do CPA, e que consta actualmemente no CCP [cfr., n.º g., alínea b) do n.º 6 do artigo 1.º], ainda que seguida da frase, plena de significado, “... e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos”; a segunda é uma qualificação que nós sustentamos (KIRKBY 2002:75/secs.) em alternativa à tradicional qualificação de “contratos de atribuição” consolidada na nossa doutrina por SÉRVULO CORREIA, aspecto que desenvolveremos noutra fase do trabalho.

<sup>(6)</sup> A figura designática a que nos referimos é efectivamente uma construção originária da jurisprudência francesa. A partir da atribuição à jurisdição administrativa,

através dos quais a Administração recorre à colaboração dos particulares, associando-os ao desempenho das suas funções de natureza pública. Nestes contratos de colaboração, a Administração posiciona-se no contrato como cliente do particular, o qual lhe fornece a sua actividade mediante remuneração, tendo aquele, nessa medida, um objecto passível de figurar num contrato de direito privado. GARCÍA DE ENTERRÍA (1963:107) refere-se-lhes, como “contratos em que a Administração se apresenta mais como cliente dos empresários privados do que como um poder sobre os mesmos”.

São, em suma, os contratos administrativos tradicionais, de que a

a coberto da lei 28 do “*Pluviose*” do ano VIII, da competência para apreciar as questões relativas a certos tipo de contratos, por “razões pragmáticas, de simples utilidade, ligadas à consideração de que os tribunais administrativos, além de serem mais rápidos e expeditos, estariam mais a par do próprio funcionamento da Administração Pública” (cf. ESTORINHO 1990:33), a jurisprudência enceta um processo de substantivação dos contratos que tem a seu cargo. Tal facto conduziu à definição de um critério de repartição de competência entre jurisdições administrativa e comum que, concomitantemente, fornece um primeiro critério material de identificação do novo *contrat administratif*. Com o primeiro impulso do *Arrêt Blanco*, de 8 de Fevereiro de 1873, do Tribunal de Conflitos, o labor da jurisprudência e doutrina conduz à autonomização dogmática daqueles contratos que a Administração celebra em vista a organização e funcionamento dos serviços públicos, os quais, por constituírem verdadeiras operações administrativas, devem estar sob a alçada dos tribunais administrativos. Abre-se aqui um processo construtivista da figura que culmina com a sedimentação de um regime jurídico próprio e que se caracteriza essencialmente pela atribuição à Administração de poderes na fase de execução do contrato que exorbitam aqueles que são conferidos às partes nos contratos regidos pelo direito civil.

Portugal cedo importou a figura do *contrat administratif* francês. Entre nós, “em contraste com o que sucedeu em França (...) a noção de contrato Administrativo foi pura obra da lei” (cf. MARQUES GUEDES 1991:16). A expressão “contrato administrativo” é acolhida pela primeira vez no Decreto com força de Lei n.º 18 017, de 28 de Fevereiro de 1930, que originalmente consagra um contencioso administrativo por natureza no que se refere a este tipo de contratos. A partir daqui, o debate doutrinário e a evolução jurisprudencial do nosso país seguem de perto aqueles que são desenvolvidos em França, centrando-se assim nas questões do critério de determinação da administratividade dos contratos (neste ponto com menos pujança, já que entre 1936 e 1984 vigorou em Portugal, no que se refere aos contratos celebrados pela Administração, um regime contencioso “por força de lei”), da delimitação e regime dos poderes exorbitantes da Administração na fase de execução dos contratos e, mais recentemente, da protecção de direitos e interesses de terceiros.

Administração se socorre com o objectivo de adquirir aos particulares os bens e serviços de que necessita para prosseguir as suas tarefas públicas, de que encontramos um elenco exemplificativo (no entretanto revogado) artigo 178.º, n.º 2, do CPA, sendo que alguns deles merecem agora regulação específica no Título II da Parte III do CCP <sup>(7)</sup>.

Aos contratos de colaboração contrapõem-se os contratos administrativos com objecto passível de acto administrativo, ou de subordinação. São contratos que têm por objecto o próprio exercício do poder administrativo, designadamente o poder de decisão unilateral, ou seja, que são celebrados entre a Administração e o particular com o objectivo de definir os contornos de uma situação jurídica administrativa que poderia, em alternativa, ser conformada por via unilateral pela Administração através da prática de um acto administrativo.

Posto de outra forma, estes contratos são utilizados pela Administração, ora em alternativa à prática de actos administrativos (unilaterais), ora como instrumentos de modelação ou integração do conteúdo destes. São, portanto, contratos que a Administração utiliza, não como um instrumento para adquirir os bens e serviços de que necessita para prosseguir as suas tarefas administrativas, mas, sim, como um verdadeiro instrumento do exercício do poder administrativo, no qual o particular não surge já como um mero prestador de serviços ou fornecedor de bens, mas na qualidade de administrado.

Aliás, como bem nota PEDRO GONÇALVES (2003:523), “uma das particularidades mais notáveis da categoria do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos reside no facto de, tendo por objecto o poder público (que só a Administração exerce), neles ser parte um particular que age no exercício dos seus direitos, para a prossecução dos seus interesses e não no exercício de uma função pública ou para prosseguir interesses públicos”.

É, desde já, fácil de constatar que o particularismo do objecto deste tipo de contratos administrativos os projecta para a primeira linha das

<sup>(7)</sup> Este título regula especificamente a empreitada de obras públicas (capítulo I), as concessões de obras públicas e de serviços públicos (capítulo II), a locação de bens móveis (capítulo III), a aquisição de bens móveis (capítulo IV) e a aquisição de serviços (capítulo V).

preocupações em torno das coordenadas princípio da legalidade, eficiência administrativa, tutela dos direitos subjectivos dos particulares, envolvendo o exercício de poderes públicos e, nomeadamente, podendo surgir em substituição de actos administrativos unilaterais, estes contratos ameaçam colocar os particulares numa posição especialmente fragilizada, na medida em que lhes falta o equilíbrio que habitualmente caracteriza o instituto contratual.

Por outro lado, uma vez que neste tipo de contratos o poder administrativo é sujeito a uma negociação casuística com o co-contratante particular da Administração, e não já exercido através de um acto administrativo típico, emanado na sequência da verificação de que os seus pressupostos legais estão objectivamente reunidos, os mesmos podem facilmente implicar, na prática, uma ruptura com princípios fundamentais do ordenamento jurídico-administrativo, designadamente, os princípios da imparcialidade, igualdade e legalidade da actuação administrativa<sup>(8)</sup>. E isto, quer em prejuízo dos particulares co-contratantes, quer, como crescentemente tem sido apontado por alguma doutrina<sup>(9)</sup>, em prejuízo directo do interesse público a cargo da Administração.

Nesta perspectiva, importa de sobremaneira apurar o porquê do surgimento e consolidação destas *facispecies* na prática administrativa dos diversos países europeu, que vantagens se lhes associam, que riscos colocam, quais os factores e condicionalismos do seu aparecimento e quais os factores que, porventura, terão retardado, em dado momento, a sua acção generalizada.

<sup>8</sup> A este propósito, GARCIA DE ENTERRÍA/RAMÓN FERRÁNDEZ (1997:670) alertam para o facto que "por detrás dos aspectos habitualmente idealizados de uma política de gestão (administração concertada) esconde-se um enorme risco de uma ruptura da objectividade e da igualdade...".

<sup>9</sup> Por exemplo, LIBERATI (1996:131, nota 169) chama a atenção para o facto de, ao contrário do que sucede no ordenamento alemão, em que a precocupação principal como estando numa posição particularmente fragilizada, já em Itália, pelo contrário, as *facispecies* à *facispecies* prendem-se com o receto de que a abertura à contractualização do poder coloque a Administração à mercê dos *lobbies* empresariais e, em geral, dos interesses dos particulares.

## SECÇÃO II

### CONDICIONALISMOS E FACTORES HISTÓRICOS DO SURGIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO CONCERTADA

#### 1. O DESMANTELAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO POLÍCIA E A CRISE DO ACTO ADMINISTRATIVO

O processo evolutivo que se foi desenvolvendo no seio da própria Administração Pública, ao longo do último século, a qual sofreu profundas transformações na sua natureza funcional e, consequentemente, na natureza típica das suas formas e instrumentos de actuação, encontra-se entre um dos principais condicionalismos que permitiu o ensaio de experiências que envolveram a contractualização do exercício do poder administrativo.

Com efeito, a ideia de algo parecido com módulos de negociação de poder administrativo é totalmente desabitada no contexto da Administração do Estado liberal que evoluiu na Europa ocidental continental desde o fim do Antigo Regime até ao princípio do século XX. O que permanece incontestável, na história do direito administrativo relativamente a este período, é a existência de "*regimes autoritários na ordem pública, liberais na ordem económica*"<sup>(10)</sup>.

A Administração do Estado liberal caracteriza-se, sobretudo, pela sua neutralidade, isto é, pela ausência de funções transformadoras no quadro da execução de um programa político prospectivo incorporado na lei. A actividade administrativa é, assim, nesta fase, essencialmente ordenada à garantia das estruturas do funcionamento livre e concorrencial do mercado, no quadro de um modelo concebido para servir os

<sup>(10)</sup> Cfr. RIVERO (1981:29). RIVERO refere-se às características da Administração napoleónica do ano VIII, mas a expressão reflecte o essencial da Administração do período liberal em toda a Europa, não obstante os maiores ou menores avanços verificados ao nível dos esquemas democráticos rudimentares das monarquias constitucionais europeias. VASCO PEREIRA DA SILVA (1996:384/3), explica, a propósito, que se é certo que há no Estado liberal uma ruptura com o Estado absoluto ao nível da organização do poder político, no que respeita à forma de a Administração se relacionar com a sociedade a situação é de relativa continuidade.

interesses da burguesia representada no parlamento. A própria Administração era entendida como "uma realidade agressiva dos direitos dos particulares..."<sup>(11)</sup>, ou seja, como um factor de distorção do livre desenvolvimento da iniciativa económica privada.

Neste contexto, as tarefas administrativas tendem a reduzir-se, no plano material, à execução de infra-estruturas que suportem o desenvolvimento do mercado (estruturas viárias, transportes, etc.), e, no plano jurídico-político, à salvaguarda e imposição dos direitos e liberdades fundamentais "de primeira geração", ligados à garantia da propriedade e à liberdade de iniciativa económica privada.

Para além do apontado minimalismo, um outro paradigma do Estado liberal é o da existência de uma Administração forte, agressiva e centralizada, capaz de desenvolver as suas funções de polícia com eficácia e sem concessões a particularismos que distorressem o funcionamento da *ordem natural*.

Não espanta, assim, que o instrumento privilegiado de actuação Administrativa seja o acto administrativo unilateral de pendor autoritário: "o acto administrativo vai, então, procurar conciliar uma vertente autoritária, de exercício de poder do Estado, com uma vertente de garantia dos cidadãos, decorrente do princípio da legalidade, reproduzindo, assim, a este nível, aquele compromisso que estava subjacente ao conceito liberal de Estado"<sup>(12)</sup>.

Faça a esta rigidez funcional da Administração do Liberalismo, não há lugar, nesta fase, para o surgimento de esquemas de concertação no exercício do poder administrativo. O acto administrativo afirma-se como um rígido e implacável instrumento de execução de leis, essencialmente ablativo, condicionador e regulador de condutas particulares. É pouco mais do que um instrumento de polícia, para utilizar numa lógica de "loca e foga", e não como um meio de composição de interesses públicos e privados no âmbito de relações jurídicas duradouras, que neste contexto não tinham razão de existir.

<sup>(11)</sup> Cf. PEREIRA DA SILVA (1996:61).

<sup>(12)</sup> Cf. PEREIRA DA SILVA (1996:40).

Na viragem do século, sobretudo como reacção directa da miséria humana em que vive a enorme massa proletária que emerge da industrialização, assiste-se ao desmantelamento progressivo do modelo liberal de Estado e ao virar de concepções político-ideológicas (de cariz eminentemente social-democrata ou laborista) que preconizam uma intervenção estadual alargada em domínios que até então estavam subtraídos da esfera pública<sup>(13)</sup>.

No plano económico, a Administração passa a protagonizar um programa intervencionista, que prevê um papel activo de regulação do mercado, tendo em vista a redução das externalidades sociais graves que decorrem do seu funcionamento "selvagem", bem como a subordinação da economia à realização do bem estar colectivo, no que porventura constitui a mais radical ruptura com o modelo liberal, que tinha como principal pilar a neutralidade do Estado neste capítulo.

Também no plano social, o conceito de interesse público sofre um inimaginável alargamento: a Administração assume responsabilidades directas na satisfação de necessidades públicas em domínios tão diversos como a protecção social, a educação, a cultura e a saúde.

Com a assunção de novas e tão diversificadas tarefas por parte da Administração, à qual passam a ser exigidos resultados concretos ao nível da satisfação das necessidades colectivas e da realização dos novos direitos económicos, sociais e culturais garantidos a todos os cidadãos, assiste-se, conseqüentemente, a uma assinalável transformação no modo como as relações Estado/cidadão se desenvolvem.

A actividade administrativa deixa de ser entendida como algo que se realiza contra o cidadão, para passar a ser algo que este insistentemente reclama, já que dela depende para assegurar o seu bem estar e para a concretização dos seus novos direitos de natureza prestacional. O cidadão não é mais um mero e simples destinatário de um comando

<sup>(13)</sup> RIVERO (1981:33) faz notar que os postulados do Liberalismo se invertem: "o liberalismo introduziu-se na política e a autoridade na ordem económica". MAURER (1994:24) explica que "a industrialização e a evolução tecnológica, a concentração de um grande número de pessoas num espaço reduzido dentro das grandes cidades, a pobreza de grande parte da população por força da guerra e da pós-guerra, impuseram ao Estado uma intervenção quotidiana em matéria social (...) e a prestação aos cidadãos de bens e serviços diversos nos domínios económico, social e cultural".

administrativo que visa firmemente aplicar a lei ao seu caso individual. Toma-se agora também utente de serviços públicos, beneficiário de prestações sociais, titular de direitos e interesses que se interrelacionam e interpenetram com o próprio interesse público. O particular passa, assim, a interpenetrar com a tarefa pública. O particularmente à actividade administrativa na realização da tarefa pública ou indirectamente à actividade administrativa, facto que favorece a criação de importantes laços de dependência e faz surgir um campo fértil para a germinação de processos concorrentes duradouros com a Administração no âmbito de processos concorrentes de composição de interesses públicos e privados.

Naturalmente, esta alteração do tipo de atribuições da "Administração social" suscita uma inevitável evolução no que concerne à natureza e à estrutura dos respectivos instrumentos e formas de actuação, o que se faz sentir essencialmente em dois planos:

Por um lado, assiste-se a uma alteração das funções e da própria estrutura do acto administrativo e à falência, enquanto instrumento típico de actuação administrativa, dos seus modelos autoritários (14). Com o advento do Estado social nasce o conceito de "acto favorável", que é insusceptível, por natureza, de execução coactiva (prestações, subvenções).

Além disso, fruto da evolução que se verifica ao nível do procedimento administrativo, o acto tende a deixar de ser entendido como uma manifestação autoritária da vontade solitária da Administração para passar a exprimir o resultado de um processo de concertação e harmonização dos vários interesses que interagem em determinada situação concreta, orientado para suscitar a adesão e a colaboração dos particulares.

Porém, a referida evolução estrutural do acto administrativo, que, nascido como instrumento típico da Administração agressiva, redefine o seu papel no âmbito da Administração prestadora (no que demonstra uma "extraordinária capacidade de adaptação" (15)), a verdade é que, concebido num contexto em que a Administração quase esgota o seu

(14) Cf. PEREIRA DA SILVA (1996:100/seggs.).  
(15) Cf. PEREIRA DA SILVA (1996:456).

papel na execução conformativa de comandos legais gerais e abstractos, vai demonstrar uma incapacidade congénita para dar resposta às exigências que são feitas a uma Administração de prestação. A Administração cedo vai aperceber-se de que a realização das suas novas tarefas de conteúdo prospectivo não pode ser cabalmente conseguida sem a colaboração espontânea dos particulares. Estes têm que ser convocados para participar na realização do interesse público, o que obriga a Administração à busca constante de meios que se revelem aptos para assegurar a ordenação de condutas privadas às linhas programáticas a que ela própria está vinculada (16).

Acresce que, a partir do momento em que é lançado à Administração um desafio de eficácia, exigido-se-lhe resultados concretos na execução do programa que lhe é legalmente adstrito, torna-se insustentável a situação de permanente conflitualidade com os particulares que era característica do Estado liberal. A Administração vai, então, procurar desenvolver mecanismos que lhe permitam obter dos administrados a aceitação antecipada das soluções que preconiza, tendo em vista a criação de consensos e a diminuição dos níveis de litigiosidade.

O constante recurso a actuações unilaterais autoritárias vai contra o "pacto social" que emerge do novo modelo de Estado. A Administração é quotidianamente sujeita à avaliação daqueles que administra e a sua imagem torna-se numa variável que influencia directamente a aceitação social de quem exerce o poder. Num tal contexto, a Administração procura agir da forma mais indolor possível, evitando a conflitualidade social. A natureza autoritária da figura do acto administrativo passa a ter uma conotação estigmatizante de que a Administração procura libertar-se, porque a projecta para um ambiente de autismo administrativo que não se coaduna com as expectativas geradas entre os administrados do Estado social.

Por outro lado, a complexificação crescente das funções do Estado

(16) Nesta linha, GARCIA DE ENTERRIA/RAMON FERNÁNDEZ (1986:622) referem que "o acto unilateral assegura eficazmente a submissão, mas é incapaz de suscitar o entusiasmo e o desejo de colaboração". Por isso mesmo, "foi a ideia de procurar colaboradores voluntários para a Administração que levou as pessoas colectivas públicas a adoptarem processos de concertação" (Cf. ESTORRINHO 1987:81).

e a extraordinária amplitude dos interesses públicos que este passa a ter que realizar, exigem que a Administração esteja aparelhada com ferramentas que lhe permitam enfrentar situações atípicas e complexas a que o acto administrativo, eminentemente típico, não consegue dar resposta. Muito a propósito, BUSTILLO BOLADO/CUERNO LLATA (2001:25) assinalam que foi "a necessidade, a conveniência ou a debilidade — mais do que doces proposições éticas, jurídicas ou políticas — que propiciaram que em inúmeras ocasiões o poder administrativo é cas — que propiciaram obrigados a acatá-las". O acto administrativo é decidido com aqueles obrigados a acatá-las". O acto administrativo é um instrumento útil no quadro de uma Administração agressiva, que intervém de forma efêmera junto do particular para conformar determinada conduta individual com um comando geral e abstracto, mas não se coaduna com as necessidades de flexibilidade e eficácia que impõem sobre uma Administração encarregada de gerir directamente um leque alargado de interesses públicos, como é apanágio da Administração do Estado social.

Todos estes factores concorrem para a afirmação de uma realidade que a generalidade dos autores tem designado por *Administração concertada* ou de *consenso*. Esta nova fase do modo de agir da Administração caracteriza-se pelo recurso sistemático a formas de actuação que privilegiam a via consensual em detrimento de outras de pendor autoritário (17).

Já assinalámos que o próprio acto administrativo tende a assumir-se como um instrumento de criação de consensos por via da respectiva *procedimentalização* (18). E é também paradigmático na *Administração concertada* a emergência de um vasto leque de formas informais e

(17) URBANI/CVITARESE (1994:226) observam que "... a difusão de módulos conceptuais (...) representa um dos fenómenos mais característicos do nosso tempo, sobretudo sob o aspecto dimensional, já que na *praxis* administrativa sempre existiram formas de negociação".

(18) VASCO PEREIRA DA SILVA (1996:106) lembra, neste sentido, que "a Administração concertada se manifesta na procura constante da aceitação e consensualidade, mesmo quando sejam utilizadas formas de actuação do tipo unilateral. Busca de consenso que implica a existência de mecanismos institucionalizados de audição e de participação dos interessados nas decisões administrativas...".

espontâneas de concertação no âmbito da realização da tarefa administrativa, proliferando todo o género de pactos, convenções, acordos de seu conjunto, evidenciam o surgimento de um novo bloco de actividade administrativa que foge aos cânones tradicionais de exercício do poder administrativo.

No entanto, o principal traço idiossincrático da Administração concertada está no papel que passa a estar reservado à *contratualização* no âmbito da actividade Administrativa. O contrato é "transformado no *modus agendi* do Estado social" (19).

Por um lado, quando a Administração prestadora está encarregada de gerir e fornecer um vasto leque de serviços públicos essenciais e de públicas, tal facto conduz a um brutal aumento da *contratualização* administrativa nas suas formas clássicas, ou seja, à intensificação do recurso aos tradicionais contratos administrativos com objecto passível de contrato de direito privado, de matriz francesa.

Por outro lado, a utilização dos contratos administrativos deixa de se fazer apenas no âmbito em que até então era típico do fenómeno da *contratualização* administrativa, ou seja, naquelas áreas em que a Administração se vê na contingência de recorrer aos particulares para que estes lhe forneçam os bens e os serviços de que necessita para o prosseguimento das suas funções. A *contratualização* pública ganha novos espaços e avança em direcção a áreas que classicamente se entendiam subtraídas à via contratual (20). Surgem, então, ainda que não a coberto de um formalismo especialmente concebido para o efeito, contratos que têm por objecto o exercício do próprio poder administrativo, o que abre uma porta precursora para o processo de sedimentação doutrinária e jurí-

(19) Cfr. CASALTA NABAIS (1994:16).

(20) CASALTA NABAIS refere, a propósito, não apenas que "... a administração passou a ter à disposição dois novos domínios para a actuação contratual: o domínio dos chamados contratos económicos (...) e os contratos com objecto social..." (1994:58), mas também que "... o contrato administrativo tende a expandir-se (...) através da sua penetração em domínios do direito administrativo considerados por natureza reservados à actuação unilateral das autoridades administrativas (...): trata-se dos domínios da polícia administrativa e do direito fiscal" (1994:60).

prudencial que, mais tarde, vai permitir, em diversos ordenamentos jurídicos, a expressão consagração legislativa dessa *facispecies* contratual<sup>(21)</sup>.

Em síntese, não há dúvida de que o fenómeno mais marcante que emerge do modelo de Estado que se afirmou no pós-guerra foi, efectivamente, e nas palavras de MARIA JOÃO ESTORNINHO (1999:44), o surgimento de uma "...administração nova, negociada ou contratual, em que o acordo vem substituir os tradicionais actos unilaterais de autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração pública". LAUBADÈRE (1983:20), por seu turno, fala de "uma espécie de novo estilo de Administração: Administração por via contratual é preferida ao método de actuação unilateral".

(21) Com efeito, é de assinalar o hiato cronológico que se verifica entre o início do tratamento doutrinal e jurisprudencial de formas contratuais de exercício do poder administrativo e a consagração legislativa de normas que expressamente previram a sua admissibilidade e definiram o seu regime. Por exemplo, na Alemanha, o debate doutrinal em torno desta figura remonta à célebre discussão havida entre OTTO MEYER e LABAND, no fim do século XIX, relativa à admissibilidade da figura do "contrato de direito público". O expresso reconhecimento jurisprudencial dessa admissibilidade sucede através da sentença do Tribunal Supremo da Jurisdição Administrativa (*Bundesverwaltungsgericht*), de 4 de Fevereiro de 1966, que, nas palavras de HUENGO LORA (1998:83), é o "...auténtico *leading case* da tese da validade dos contratos de direito público...". Já a sua previsão ao nível do direito positivo só chega com a Lei de Procedimento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) de 1976, que regula o contrato de Direito Público na sua parte quarta (arts. 54.º a 62.º). Em Itália, o debate acompanha aquele desenvolvido na Alemanha relativo ao contrato de Direito Público, mas a consagração legislativa de normas que habilitam expressamente a Administração a celebrar acordos endoprocedimentais com o fim de determinar o conteúdo discricionário da decisão final, ou mesmo acordos substitutivos de actos administrativos, só surge no artigo 11 da Lei n.º 241/1990, de 7 de Agosto. Em Espanha, a abordagem doutrinal é mais recente, já que há uma natural filiação na doutrina francesa, por sua vez bastante retrógrada no que se refere à temática da contractualização do poder público. Só com o artigo 88.º da Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, de 1992, se prevê e regula a possibilidade de terminação convencional do procedimento administrativo.

## 2. A ALTERAÇÃO DO PARADIGMA DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA: A CRISE DE DENSIDADE NORMATIVA DA NORMA HABILITANTE

Em paralelo e intimamente ligado à transformação funcional que a Administração viveu na transição para o Estado social e, de forma particularmente intensa, com a posterior evolução para o que se costuma designar por Estado pós-social<sup>(22)</sup>, desenvolveu-se um fenómeno que se conta entre os factores que mais directamente contribuíram para o recurso crescente a formas contratualizadas do poder administrativo: uma assinalada *crise do princípio da legalidade*, que, para alguns, vai perdendo consistência hetero-determinadora da actuação da Administração por força de exigências cada vez maiores impostas pelo princípio de eficiência administrativa.

Como veremos, a possibilidade de a Administração negociar com os particulares a concreta composição que faz do interesse público e das pretensões destes depende, em larga medida, da existência de uma margem de autonomia face à lei, quer quanto à apreciação dos pressupostos do exercício do poder, quer quanto à definição do conteúdo e dos efeitos das suas decisões<sup>(23)</sup>. E, na verdade, muito por força da dimensão das tarefas que a Administração passou a ter que desenvolver quer desde

(22) Usamos a expressão com o sentido que lhe é conferido por VASCO PEREIRA DA SILVA, significando a nova evolução funcional que é apontada à Administração, sensivelmente a partir dos anos 70, que se caracteriza, designadamente, pela assunção de novas competências administrativas de polícia, em novas áreas como o ambiente, o ordenamento do território, o urbanismo e a saúde pública, que vão assumir por esta altura um lugar de destaque no panorama jurídico-constitucional europeu e exigir do Estado um papel activo na realização de um programa constitucional orientado para a sua promoção e, sobretudo, para a sua salvaguarda.

(23) Cfr. PARRIO ALFONSO (1995:204), que neste sentido explica que "a programação legal da actividade administrativa que lhe confere (...) uma certa margem de manobra (...) e desde logo poderes discricionários, é a que, efectivamente, permite à Administração a introdução de elementos volitivos próprios na definição do conteúdo do acordo administrativo consensual".



o desmantelamento do Estado liberal "polícia", quer, depois, com o assomo de tarefas de polícia administrativa em novas áreas em que se entrecruzam novos interesses públicos fundamentais e novos direitos fundamentais da colectividade e do indivíduo, tem vindo a verificar-se uma evolução ao nível do grau de densidade preceptiva das normas de competência com base nas quais a Administração é habilitada para o exercício do poder.

A lei, nalguma medida, deixa de ter a aptidão intrínseca para limitar o papel da Administração Pública a pouco mais do que à mera execução dos seus comandos, ou seja, à estrita realização no concreto de determinadas tarefas gerais e abstractamente delineadas. É grande o distanciamento da lei geral e abstracta face às realidades sobre os quais a Administração tem que intervir, pelo que aquela começa a revelar uma incapacidade congénita para antecipar, no plano geral e abstracto, o extenso leque de ponderações operativas que esta vai ter que desenvolver na busca da realização do interesse público que a lei define.

Por outro lado, a eficácia que se reclama com cada vez maior intensidade à actuação administrativa postula que seja conferida à Administração uma margem de autonomia face ao comando legislativo na escolha, perante as vicissitudes das situações concretas, dos melhores meios e dos mais adequados caminhos para a realização do fim público que lhe foi legalmente cometido. BERNARDO AYALA (1995:32), assinala, a este propósito, o "curioso fenómeno de auto-contenção legislativa que acaba por conduzir a um acréscimo da margem de livre decisão administrativa".

Esta constatação, que num primeiro momento dá lugar à disseminação de esquemas informais de relacionamento da Administração com os particulares, muitas vezes situados no limiar da legalidade, conduz, num segundo momento, a uma diminuição da própria carga hetero-determinadora da norma legal e, consequentemente, a uma menor densidade normativa e a uma maior abertura da mesma à busca de soluções adaptadas ao caso concreto por parte da Administração <sup>(24)</sup>. Assim, como

<sup>(24)</sup> Segundo PAREJO ALFONSO (1995:161), "...se a responsabilidade principal continua certamente a projectar-se sobre o legislador, a acção normativa deste há-de

refere TORNO MAS (2000:17/18), "...as normas habilitantes passaram a ter uma estrutura cada vez mais prospectiva e menos prescritiva. A decisão discricionária ganhou terreno e o incremento e menos prescritiva. Isso implicou exigiu um reforço da legitimidade administrativa".

PALMA DEL TESO (2000:30/31), na mesma linha, assinala que "as normas jurídico-administrativas vão perdendo determinação. Em certos casos limitam-se, inclusivamente, a enunciar grandes princípios ou intenções políticas. Já nem sempre impõem regras de conduta à Administração, mas objectivos e resultados a alcançar, através de normas programáticas ou directrizes". E, "na medida em que as normas jurídico-administrativas perderam precisão, a Administração ganhou capacidade de decisão" <sup>(25)</sup>.

Repare-se que é a própria noção do que seja o "fim de interesse visado pela norma habilitante" que, a partir de determinado momento, assume contornos algo diáfanos. Este, convenhamos, já não é algo que possa ser rigorosamente definido pela norma de competência como costuma ser dado como assente pela doutrina <sup>(26)</sup>. O que em concreto seja o interesse público (abstracto) cuja prossecução é encomendada pela lei, é algo que só pode ser claramente determinado no término de um processo através do qual é dado à Administração conhecer todos os interesses públicos e privados em presença e as condicionantes concretas da sua realização, bem como a possibilidade de fazer uma pondera-

comportar (...) uma elasticidade suficiente, ou seja, uma capacidade de os enunciados normativos integrarem elementos desconhecidos ao tempo da sua promulgação".

<sup>(25)</sup> Neste mesmo sentido, STEFANO CIVITARESE (1997:12) explica de forma muito clara que "a crise da vinculação administrativa à lei habilitante precedente deriva da superação da função prevalentemente ordenadora (...), isto é, de garantir a concretização de regras jurídicas gerais e abstractas através de actos individuais e concretos de execução, e do assumir de competências de gestão directa de grandes interesses públicos, ao mesmo tempo que se assiste à degradação das características da lei como norma jurídica geral e abstracta e à pulverização do direito legislativo, através da multiplicação de leis de carácter sectorial (...). Assim, quando a norma legislativa se reapropria das características de generalidade e abstracção, fá-lo, não para impor regras de conduta, mas para indicar objectivos cuja realização comporta uma quantidade e uma variedade de valorações operativas não executáveis aprioristicamente pela lei".

<sup>(26)</sup> Cfr., por todos, FREITAS DO AMARAL 1988:114/115.

ção integrada das várias soluções que se perfilam para a sua adequada harmonização e realização. A lei, frequentemente, aponta à Administração um quadro valorativo que deve orientar a sua acção, mas é através de uma "descida ao século" que aquela vai poder determinar quais os resultados que melhor servem a causa pública e que menos agridem os interesses privados que com este interagem <sup>(27)</sup>.

ANDREA FEDERICO (1999:41) refere que "...o interesse público que deve ser realizado com o exercício do poder administrativo (...) não se apresenta como um interesse que absorve ou elimina os interesses privados, como uma entidade estática, antes constitui um resultado concreto a determinar e a alcançar por meio da sistematização, da regulação e também, pela formulação de um programa específico de realização dos interesses privados". Ainda nas palavras da Autora (1999:39), "a satisfação do interesse público reside necessariamente na ponderação e regulação dos interesses privados presentes na concreta *factispecies* que é objecto da intervenção da Administração".

Na mesma linha, que nos parece merecer toda a atenção, ALESSANDRO PAINO (1993:665) refere-se a uma passagem para "...uma nova cultura de interesse público e das suas relações com os interesses privados de que são portadores os cidadãos". Para o Autor (1993:665/666), a admissibilidade dos acordos sobre o poder administrativo "são o reconhecimento de que o interesse público não consiste na satisfação de uma finalidade genérica, em respeito da qual as posições dos particulares permanecem em segundo plano. Pelo contrário, mostram que o interesse público constitui uma realidade que se determina através da selecção no procedimento dos interesses privados a realizar (...). Neste quadro, o procedimento administrativo não é mais apenas um mecanismo destinado a satisfazer um (genérico e mal identificado) interesse geral, mas afirma-se como um mecanismo de selecção, entre os diversos interesses privados relacionados, daqueles interesses capazes de realizar, efectiva-

<sup>(27)</sup> CASTIELLO (1993:4:75) afirma que "o princípio da legalidade-legitimidade, no quadro do qual a Administração surge numa posição meramente executiva da lei, tende a ser substituído por um princípio da legalidade-justiça, que corresponde a uma Administração reguladora da articulação de interesses (...) que opera segundo uma modalidade de actuação de cariz participativo e consensual e não só num quadro de contraposição entre administrados e Administração".

mente, a finalidade de relevância colectiva conexa com a actividade administrativa". FERREIRA (1985:151) fala mesmo numa "...fragmentação e decomposição do interesse público...".

O fim de interesse público encomendado pela norma habilitante tende, assim, a ser perspectivado a partir de uma dimensão macro-teológica, que pressupõe uma definição ulterior a cargo da Administração. Esta definição é feita no âmbito de um processo dialéctico de matriz hegeliana, em que o interesse público abstractamente determinado pela norma legal se vai concretizar e definir através da relação de interesses que é operada a nível procedimental <sup>(28)</sup>.

O quadro que se vem descrevendo projecta-nos para o problema fundamental da dogmática dos contratos que envolvem a contractualização do poder administrativo, que é, naturalmente, a questão da forma de conceber as relações da Administração com a lei, e a actualidade do princípio da precedência de lei na actuação administrativa.

Sem embargo da imposição constitucional de que a Administração só pode agir por expressa habilitação legal que fixe minimamente os pressupostos, os efeitos típicos e o fim do poder que lhe é atribuído, torna-se evidente que o grau de densificação que a norma legal aplica na definição destes elementos tende a diminuir.

É hoje cada vez mais claro que, em nome de um princípio de eficiência, a hetero-determinação legal da conduta administrativa não pode ir tão longe que coarcte a possibilidade de a Administração, perante o circunstancialismo com que se depara em cada momento, se socorrer, de forma controladamente criativa, dos instrumentos que considere adequados à obtenção de resultados que, apesar de estarem a coberto da funcionalidade que caracteriza toda a actividade administrativa lícita, terão também que comportar dimensões em que se jogam algumas componentes de autodeterminação do que seja o concreto interesse

<sup>(28)</sup> Confirma GIOVANNI SALA (1992:229/30) que "o interesse que em concreto a Administração é chamada a prosseguir resulta sempre (um *posterius* e não um *prius*), da reciproca ponderação de todos os interesses que se afirmam no procedimento com o interesse público (...), que é um meio jurídico (...) de qualificação daqueles interesses que nesse confronto resultam prevalentes".

publico a prosseguir <sup>(29)</sup>. Como realça DELGADO PIQUERAS (1995:152), "na medida em que a eficácia da Administração deixa de se avaliar em termos de eficácia formal, para submeter-se a uma prova de eficácia funcional, a margem de livre decisão e de discricionariedade nas mãos da Administração tem que ser alargada...".

Consequentemente, não obstante o princípio da legalidade continuar a manter um reduto intocável fundado no seu papel garantístico associado ao princípio democrático de matriz mais liberal, a verdade é que, relativamente quer a esta quer a outras dimensões do princípio, a lei e a doutrina vão procurar formas de compensar a menor legitimação que a lei pode assegurar num contexto em que, em vez de determinar, passou muitas vezes a apenas programar ou orientar. ANDREA FEDERICO (1999:47) fala de "uma verdadeira e própria transferência de poder político para a Administração e, conseqüentemente, o procedimento administrativo é chamado a desempenhar um papel fundamental (...) na garantia de direitos fundamentais". Ou, nas palavras de PALMA DEL TESO (2000:33), "os cidadãos devem poder participar na busca e elaboração de soluções mais satisfatórias em cada caso, como complemento imposto pela maior liberdade de actuação e decisão reconhecida à Administração. Assim, impõem-se combinar o controlo externo da Administração por via da legalidade, com o controlo interno a partir da participação procedimental".

Indo ao essencial, afigura-se razoável afirmar que a legitimação da Administração pela lei democraticamente aprovada no quadro dos esquemas da democracia representativa vem cedendo relativamente a uma legitimidade fundada directamente na sociedade, com quem a Administração se relaciona quotidianamente no exercício dos seus poderes através do instituto procedimental, concebido este para a negociação, ponderação e conciliação de interesses em presença. Como refere muito a propósito PAULO OTERO (2003:296), "as exigências de tecnicidade da moderna Administração limitam ou condicionam a dimensão político-

<sup>(29)</sup> Nesta perspectiva, STEFANO CIVITARESE (1997:13) observa que "a lei tende actualmente a exprimir uma legalidade débil, que se concretiza em princípios, mais do que em regras, que, enquanto tais, se afirmam idóneos à técnica da ponderação de interesses e que assim se mostram muito mais adaptados à realidade do Estado contemporâneo, cuja complexidade mais se presta a ser abrangida num comando abstracto".

-democrática da decisão-administrativa e, numa outra vertente, a própria configuração da legalidade habilitadora da actuação administrativa". Nesta perspectiva, o consenso e o acordo surgem como complementos legitimadores idóneos da menor legitimação assegurada pela norma legal <sup>(30)</sup>. E, por isso mesmo, a consagração legislativa dos acordos sobre o exercício do poder Administrativo representam não apenas uma exigência do princípio democrático, agora também respaldado na democracia participativa, mas o pleno reconhecimento do particular como colaborador da Administração na prossecução do interesse público.

Em conclusão, se a referida crise da densidade normativa da norma de competência, ao abrir mais espaços de liberdade à determinação pela Administração dos moldes de actuação, instrumentos e resultados a prosseguir, vai favorecer a celebração de contratos que visem determinar o modo de exercer o poder administrativo, também o acordo dos particulares vem, em certa medida, compensar o menor garantismo que a lei assegurava, apresentando, dessa forma, uma inegável vantagem por confronto com o acto administrativo.

O contrato afirma-se, assim, como uma resposta a um dilema até aqui tido por insanável: a conciliação do garantismo (até aqui exclusivamente amparado na lei) com a eficiência da actividade administrativa.

### 3. AS EXIGÊNCIAS DE COMBATE À INFORMALIDADE E DE PROCEDIMENTALIZAÇÃO

A partir dos anos cinquenta, torna-se progressivamente evidente que o fenómeno da contratualização da actividade administrativa começa a

<sup>(30)</sup> Também nesse sentido, insistindo na crise do princípio da legalidade e no consenso e participação procedimental enquanto novas fontes de legitimidade administrativa, cfr. FERRARA (1985:150); LIBERATI (1996:121/122) e PALMA DEL TESO (2000:31). ALVES CORREIA (2001:238), por seu turno, debruçando-se sobre a problemática da participação dos interessados na elaboração dos planos de ordenamento territorial destaca, na mesma linha, "...que existe um fundamento específico que reclama a existência de formas adequadas de participação dos interessados nos procedimentos de planificação territorial: consiste na necessidade de compensar a amplitude do poder discricionário que caracteriza a actividade de planificação com uma exigente e aprofundada participação dos interessados".

a infiltrar-se em domínios que até então eram consensualmente considerados como reservados a actuações administrativas unilaterais (31).

O verdadeiro *boom* da concertação na actividade administrativa a que se assistiu no pós-guerra, em paralelo com as evoluções verificadas ao nível dos mecanismos procedimentais de formação das decisões, implicaram que muitas das intervenções da Administração, acabassem formalmente envergassem as vestes do acto administrativo, obtidos por não ser mais do que o resultado de consensos previamente obtidos com os particulares no âmbito do procedimento decisório (32).

Por outro lado, proliferavam esquemas de consensualização, desenhados à margem de qualquer formalismo típico, que se reconduziam genericamente à figura do acordo, mas que careciam de bases jurídicas que os projectassem para o âmbito das vinculações jurídico-administrativas que impendiam sobre a Administração (33).

Nesta perspectiva, a realidade dos factos ultrapassava a dogmática mais empederada, e tal não somente fazia perigar a adequada prossecução dos interesses públicos cometidos à responsabilidade executora da Administração, como, na mesma medida, fragilizava a posição jurídico-subjectiva dos particulares que com aquela contravam.

Com efeito, o processo negocial desenrolava-se, nesta fase, ao arpejo de um quadro jurídico ordenado à evidenciação dos motivos

(31) Os dogmas avançados por OTTO MAYER relativamente à inadmissibilidade, no plano dos princípios, de algo que se reconduzisse a um "contrato de direito público", ou seja, de contratos que tivessem por objecto o exercício negociado do poder público, demonstraram ser até então inultrapassáveis quer na Alemanha, quer na Itália, sendo que em França e nos países que acompanharam a evolução doutrinária em torno do *contrat administratif*, o problema nem sequer era colocado nos seus devidos moldes, porque era de todo inconcebível um contrato nestes domínios.

(32) Por isso PAULO OREKO (1995:85) vê os acordos preliminares do acto final do procedimento como um corolário do direito geral de audiência prévia dos administrados "...que poderá servir de fonte para a criação de tais acordos substitutivos do projecto de conteúdo de decisão administrativa discricionária".

(33) Esta realidade, como explica FILIPA URBANO CALVÃO (1998:13), deu lugar a "... um fenómeno de verdadeira disseminação do emprego e utilização de meios informais de actuação administrativa". Os órgãos administrativos "...vão muitas vezes, fazer imposições e exigências, ou estabelecer condições que, à partida, carecem de qualquer base legal".

subjacentes à contratação, apto a garantir a transparência de processos e que criasse condições para uma adequada ponderação dos diversos interesses públicos e privados em jogo no caso concreto, e, bem assim, dos seus direitos contratuais em caso de incumprimento.

Esta realidade implicou que o recurso a esquemas de concertação do exercício do poder se pudesse assumir como um poderoso instrumento de fraude à lei, descaando num meio de contornar as grilhetas jurídico-públicas que conformam a produção de actos administrativos, o que permitia à Administração, não apenas apartar-se da funcionalidade hetero-imposta pelo comando legal, mas também forçar o particular a prestar-lhe aquilo que não seria lícito obter através do acto administrativo. Como nota TORNO MAS (2000:18), "... a administração convencional supõe, assim, mais um passo. Já não basta abrir o procedimento à participação quando se reclama que o esforço por chegar a posições comuns se formalize. O administrador busca garantias de estabilidade do acordado".

Tudo isto ganha contornos de especial gravidade aquando da passagem do Estado social para o pós-social. Nesta fase, os prejuízos advinentes de acordos celebrados no nebuloso campo da informalidade alargam-se a vítimas mais vastas, já que se afirma como fenómeno paradigmático deste momento da evolução do ordenamento jurídico-administrativo a disseminação de relações jurídicas multilaterais entre a Administração, o particular que é directo destinatário da actuação administrativa e os titulares de direitos subjectivos públicos que interagem com a situação jurídica que a Administração é chamada a compor.

Ora, a tutela do novos direitos subjectivos de "terceira geração" faz-se inevitavelmente, em primeira mão, no âmbito do procedimento administrativo, que abre espaço à participação de todos os titulares de interesses conflituantes no momento em que se desenvolve o processo de formação da decisão administrativa e que fornece à Administração o *locus* ideal para proceder à sua ponderação na composição da situação que é chamada a regular.

E, reparar-se, as áreas em que classicamente se desenvolveram com mais pujança os contratos que modelam ou se substituem a actos administrativos são exactamente aquelas em torno das quais incidem os direitos fundamentais de terceira geração que estão na base do surgi-

mento das referidas relações jurídicas multilaterais: o ambiente, o ordenamento do território e o urbanismo <sup>(39)</sup>.

O advento de normas jurídicas que têm por objecto o exercício típico da admissibilidade de contratos que têm por objecto o exercício típico da tarefa de administrar. He adstringem aos perigos do informalismo, assim, como um imperativo de renegação aos perigos do informalismo, em que se procura resgatar este sector da actividade administrativa para o manto da legalidade que impende sobre a Administração sempre que "administra", seja por que instrumento for.

A partir deste momento, foram criadas as condições para que os operadores administrativos pudessem recorrer a estes instrumentos com muito mais segurança e abri- se a porta a que o contrato com objecto passível de acto administrativo se transformasse num modo normal de actuação administrativa, a par do acto administrativo <sup>(39)</sup>.

### SECÇÃO III

## VANTAGENS DA CONTRATUALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER ADMINISTRATIVO: O QUE LEVA A ADMINISTRAÇÃO A RECORRER AO CONTRATO, QUANDO PODE COMPOR A MESMA SITUAÇÃO JURÍDICA POR VIA UNILATERAL?

Parce efectivamente pertinente questionarmo-nos sobre as razões que levam a Administração a optar por conformar determinada relação jurídica através da celebração de um contrato com o particular, quando

<sup>39)</sup> Uma vez juridicamente restringidos ao procedimento, estes contratos, pelo contrário, são "aplicáveis (...), também e especialmente, à configuração de relações jurídicas poligonais e multipolares...". Cfr. KREBS (1993:57). O mesmo Autor da natureza e que na prática contratual se consolidou uma nova terminologia ligada ao conceito de "protecção contratual da natureza".

<sup>39)</sup> Cfr. DELGADO PIQUERAS (1995:166), que destaca que a consagração legislativa operada pelo artigo 88 da Lei n.º 30/1992, de 27 de Novembro (LR-PA/C) tem a virtuosidade de "... conferir base jurídica à actividade administrativa negocial, submetida aos parâmetros formais do procedimento, o que implica a realização dessas negociações no quadro de maiores garantias de transparência, segurança jurídica, objectividade, etc..".

Cap. I — Condiçõeshumanas e factores de cumprimento dos contratos... 39

poderia optar por fazê-lo através de uma medida unilateral e ao arrepiu de qualquer consenso. Se a Administração tem o poder de decisão a uma negociação que em determinados casos não o usa e se sujeita a pergunta é tão mais pertinente, quanto temos ver, noutra fase deste trabalho, que dificilmente os contratos deste tipo podem impor ao particular aquilo que não pudesse constar de uma cláusula acessória de suspensão ou resolutive dos efeitos preconizados pelo acto, sendo certo que, como também veremos, esta marca do regime dos contratos sobre o exercício de poderes públicos foi recentemente "atenuada" pelas alterações trazidas pelo CCP.

De facto, como adiante se explanará, o regime jurídico deste tipo de contratos originalmente estabelecido no CPA estava claramente orientado — na linha do regime preconizado no ordenamento alemão, cuja lei de procedimento inspirou directamente as formulações acolhidas sobre a matéria pelo nosso CPA — à garantia de que a Administração não recorre ao instrumento contratual como via para contornar as vinculações específicas de direito administrativo a que está sujeita quando actua por via unilateral, ou, de outra perspectiva, que a posição jurídica do particular face à Administração não se degradasse quando esta recorre ao contrato, por relação àquela em que aquele estaria investido se a concreta situação jurídica fosse conformada unilateralmente. Ainda que esta especificidade do regime dos contratos administrativos sobre o exercício de poderes públicos não tenha sido completamente afastada pelo CCP, a verdade é que foi substancialmente atenuada, numa tentativa do legislador do CCP em ultrapassar, no quadro do regime substantivo dos contratos administrativos, a tradicional rigidez do regime de revogabilidade de actos administrativos válidos "constitutivos de direitos". Voltaremos a este assunto em sede própria.

Pretende-se, nesta fase, tão somente analisar de forma crítica as razões que normalmente são apontadas como justificação para os contratos que têm por objecto o exercício do poder administrativo, ainda que de antemão se deva alertar para que tal tarefa só poderá ser cabalmente concluída após uma análise aturada do regime destes contratos e, muito em particular, dos limites a que estão sujeitos.